



Vikarbureauansatte vikarers funktionærstatus

Falsner, Jacob Tobias Rude

Published in:
Juristen

Publication date:
2013

Document version
Også kaldet Forlagets PDF

Citation for published version (APA):
Falsner, J. T. R. (2013). Vikarbureauansatte vikarers funktionærstatus. *Juristen*, 95(2), 43-55.

Vikarbureauansatte vikarers funktionærstatus

Af advokat og Ph.D.-stipendiat Jacob Falsner, Plesner Advokatfirma og Det Juridiske Fakultet Københavns Universitet

Artiklen diskuterer den vikarbureauansatte vikars funktionærstatus og betydningen af vikardirektivets¹ implementering for denne retsstilling, hvor vikaren udfører funktionærarbejde for en brugervirksomhed.² Artiklen når frem til, at vikaren ikke generelt vil opnå funktionærstatus, men lægger op til, at vikaren – under behørig hensyntagen til vikardirektivets pligter – undtages fra funktionærlovens anvendelsesområde for at undgå tvivlsspørgsmål, der må blive en konsekvens af vikardirektivets implementering i dansk ret.

1. Introduktion

Højesteret fastslog i U1997.1495H, at en vikarbureauansat vikar ikke er omfattet af funktionærloven – hverken i forhold til vikarbureauet eller brugervirksomheden – da der ikke består et tjenesteforhold. Dommen hviler på en række forudsætninger om, hvad der skal forstås ved vikarbureauvirksomhed, herunder at vikaren er frit stillet over for vikarbureauet og dermed ikke forpligtet til at påtage sig tilbudt arbejde, ligesom vikaren kan bringe arbejdsforholdet til ophør uden varsel.

Rækkevidden af Højesterets dom er på flere punkter usikker, herunder hvornår den tidsmæssige udstrækning af en vikars udleje til samme brugervirksomhed indebærer, at der etableres et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand. Det kan derfor overvejes, i hvilket omfang det er muligt at ændre de af Højesteret opstillede forudsætninger for vikarbureauvirksomhed, uden at der etableres et sådant tjenesteforhold.

Overvejelserne om vikarens funktionærstatus aktualiseres yderligere med implementeringen af vikardirektivet, der introducerer et ligebehandlingsprincip, hvorefter vikarens væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår,³ mindst

skal svare til dem, der ville gælde, hvis vikaren havde været ansat direkte af brugervirksomheden til varetagelse af samme arbejdsopgave.

Som led i direktivets implementering i dansk ret sendte beskæftigelsesministeren den 18. marts 2013 udkast til forslag til lov om vikarers retsstilling ved udsendelse af et vikarbureau mv.⁴ i høring. Det fremgår udtrykkeligt af bemærkningerne hertil, at retten til løn under sygdom efter funktionærlovens § 5, stk. 1, er et vilkår, der i medfør af ligebehandlingsprincippet får afsmittende effekt i forhold til en vikar, der udfører funktionærarbejde. Samtidig fremgår det, at retten til løn under sygdom alene er et eksempel på, hvad der efter funktionærloven vil være et afsmittende vilkår.

Under henvisning til den retstilstand, som blev fastslået med U1997.1495H, fremgår det af bemærkningerne til lovforslaget, at ligebehandlingsprincippet ikke vil resultere i, at vikaren får generel status af funktionær. Set i lyset af førnævnte usikkerhed om rækkevidden af Højesterets dom og vikarens funktionærstatus, kan det imidlertid overvejes, om ligebehandlingsprincippets afsmittende effekt vil resultere i, at vikaren tilknyttes vikarbureauet i en sådan grad, at der etableres et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand.

2. Lidt historik

2.1. Tidligere tiders kritik af vikarernes løn- og arbejdsforhold i Danmark

Danske vikarers løn- og arbejdsforhold⁵ var i 1960'erne genstand for kritik, som betegnede vikarbureauernes arbejdsaftaler med vikarerne som slavekontrakter, fordi kontrakterne ofte forbød vikarerne at tage fast ansættelse hos brugervirksomhederne. Det blev blandt andet kritise-

1. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde.
2. Det er generelt lagt til grund i artiklen og ved bedømmelsen af vikarens status efter funktionærloven, at betingelserne efter funktionærlovens § 1 er opfyldt, således at bedømmelsen af vikarens funktionærstatus alene angår spørgsmålet, om vikaren indtager en tjenestestilling i funktionærlovens forstand.
3. Af vikardirektivets artikel 5 fremgår det, at »De væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår, der gælder for vikaransatte under deres udsendelse til en brugervirksomhed, skal mindst svare til dem, der ville være gældende, hvis de vikaransatte havde været ansat direkte af denne

virksomhed til udførelse af samme arbejdsopgave. Når første afsnit finder anvendelse, skal de regler, der gælder i brugervirksomheden, vedrørende: a) beskyttelse af gravide og ammende kvinder samt af børn og unge, og b) ligebehandling af mænd og kvinder og foranstaltninger til bekæmpelse af forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering overholdes som fastsat ved lov, administrative bestemmelser, kollektive overenskomster og/eller andre generelle bestemmelser.«

4. Dette udkast til lovforslag omtales herefter som »lovforslaget«.
5. Strejftog i arbejdsret og funktionærforhold af Allan Rise og P. Schade-Poulsen, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, København 1971, side 92 f.

ret, at vikarerne ikke modtog løn under sygdom, selv om de udførte funktionærarbejde.

Driften af vikarbureauvirksomhed blev dengang forbudt i Danmark, men med mulighed for at opnå dispensation for udleje af arbejdskraft, hvis ansættelsen hos udlejer kun omfattede det enkelte udlejningsforhold. Med få undtagelser blev der alene givet tilladelse til privat vikarbureauvirksomhed på handels- og kontorområdet⁶ («vikarbekendtgørelsen»).

Vikarbekendtgørelsen tog højde for en del af den kritik, der var rejst vedrørende vikarens løn- og arbejdsforhold, idet den stillede som betingelse, at der blev anvendt en standardkontrakt mellem vikarbureauet og vikaren, at det enkelte ansættelsesforhold højst kunne have en uafbrudt varighed på 3 måneder, at vikarens løn skulle svare til den overenskomstmæssigt fastsatte løn for vedkommende faglige område og ikke være afhængig af, om brugervirksomheden rent faktisk betalte vikarbureauet, og at vikarens adgang til erhverv efter ansættelsens ophør blev indskrænket på grundlag af en aftale mellem vikarbureauet og vikaren. Bekendtgørelsen fulgte nøje en indstilling, som i 1968 blev til i et udvalg, der var nedsat under den daværende arbejdsminister, og hvor blandt andet HK og DA var repræsenteret.⁷

Reglerne for vikarbureauvirksomhed blev siden ophævet med virkning fra den 1. juli 1990⁸ som led i den daværende regerings handlingsplan om liberalisering af det offentlige monopol på arbejdsformidling.⁹ Der blev i den forbindelse lagt vægt på, at de beskyttelseshensyn, som oprindeligt havde begrundet de særlige regler for vikarbureauer og et krav om brug af standardkontrakten, ikke længere var til stede, men uden at dette blev uddybet nærmere.

Vikardirektivet aktualiserer spørgsmålet om vikarens funktionærstatus. Således har i hvert fald dele af lønmodtagersiden haft det synspunkt, at vikarerne skal omfattes af funktionærloven,¹⁰ hvilket er blevet afvist af arbejdsgiversiden.¹¹ Lovforslaget lader til at imødegå dele af den tidligere rejste kritik af vikarers løn- og arbejdsforhold.

2.2. Vikarers løn- og arbejdsforhold på europæisk plan

På europæisk plan kom beskyttelsen af den atypiske arbejdskraft på tegnebrættet i starten af 1980'erne. Således blev der med Rådets resolution af 18. december 1979 om tilpasning af arbejdstiden,¹² markeret en øget fokus på be-

skæftigelsesformer som deltidsarbejde og midlertidigt arbejde.

Der skulle herefter gå knap tre årtier, før vikardirektivet i 2008 blev en realitet. I den mellemliggende periode blev der fremsat og forhandlet flere forskellige forslag til direktiver om vikarer, men uden nogen større succes.

Fristen for implementering af vikardirektivet i dansk ret blev overskredet den 5. december 2011, selvom der fra vedtagelsen af direktivet var en frist på mere end 3 år til implementeringen. Overskridelsen af implementeringsfristen har i nogen grad været begrundet i regeringsskiftet i 2011,¹³ men særligt i uenighed mellem arbejdsmarkedets parter om direktivets implementering. Dette står dog i kontrast til, at det under forhandlingerne om direktivets tilblivelse var afgørende for Danmark, at direktivet åbnede op for en implementering via kollektive overenskomster.¹⁴

Overvejelser har derfor gået på, hvilken betydning arbejdsmarkedsparternes uenighed vil få fremover i forhold til den danske model.¹⁵ Arbejdsmarkedets parter spiller traditionelt en fremtrædende rolle ved implementeringen af EU-direktiver i dansk ret, og sådan vil det formentlig også være fremover, selvom direktivet implementeres uden om parterne. Parterne har generelt en fælles interesse i at nå til enighed vedrørende reguleringen af det danske arbejdsmarked, og udsigten til en overflødiggørelse af parterne i forhold til implementeringsprocessen kan i sig selv tænkes at være et bærende incitament for parterne til at nå til enighed.

Implementeringsfristens overskridelse resulterede i en åbningsskrivelse fra Europa Kommissionen i januar 2012, som blev fulgt op af en begrundet udtalelse i oktober 2012,¹⁶ hvorved der var taget de indledende skridt i en eventuel traktatbrudssag mod Danmark. Eftersom der nu endeligt er kommet skred i implementeringsprocessen, er det sandsynligt, at der ikke vil komme mere ud af disse henvendelser. Det er hensigten, at vikarloven skal træde i kraft den 1. juli 2013.

3. Generelt om vikarkonstellationen

Vikarkonstellationen er karakteriseret ved et trepartsforhold, der dels består af en aftale mellem vikarbureauet og brugervirksomheden, dels af en arbejdsaftale indgået mellem vikaren og vikarbureauet. Vikardirektivet (art. 1, stk. 1) finder således »... anvendelse på arbejdstagere, som har indgået en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold med et vikarbureau og udsendes til brugervirksomheder for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under disses tilsyn og ledelse«.

6. Bkg. nr. 163 af 17. april 1970 om vikarbureauer inden for handels- og kontorområdet.

7. Se note 5.

8. Lov nr. 840 af 20. december 1989 om ændring af lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring mv.

9. Reglerne om anvisning af sygeplejersker blev dog videreført, jf. § 8 i lov nr. 127 af 25. maj 1956 om sygeplejersker.

10. <http://www.e-pages.dk/hk/430/5>, http://www.hk.dk/privat/nyheder/nyheder/oktober_2008/vikardirektivet_vedtaget

11. <http://www.danskerhverv.dk/Nyheder/Nyhedsarkiv/Sider/Vikardirektivet-er-vedtaget.aspx>

12. EFT C 2/1 af 4.1.1980.

13. Notat af 30. marts 2012 til Folketingets Europaudvalg om blandt andet Kommissionens »Åbningsskrivelse nr. 2012/0032 vedrørende manglende implementering af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde«.

14. Referat fra møde i Europaudvalget den 4. juni 2008.

15. Børsen, Politik/Økonomi, den 30. oktober 2012, side 22-23.

16. Orientering af 1. november 2012 om begrundet udtalelse nr. 2012/0032 til Folketingets Europaudvalg.

Lovforslaget indeholder en tilsvarende definition af vikarkonstellationen, hvor det dog er tilføjet, at vikaren ansættes med henblik på udsendelse til en brugervirksomhed. Det uddybes i bemærkningerne til lovforslaget, at »Det trepartsforhold, der særligt karakteriserer vikarbejde, er et centralt element i den foreslåede definition af vikarbureau ... øjeblikket skal være udsendelse af vikarerne til brugervirksomheder ...«. Dernæst fremgår det, at eksempelvis arbejdsformidling, entreprise eller lejlighedsvis udlån af arbejdskraft ikke hører ind under den kommende vikarlov.

Vikarkonstellationen skal ikke forveksles med de tilfælde, hvor en vikar har indgået en ansættelses- eller tilknytningsaftale direkte med (bruger)virksomheden. En vikars tidsbegrænsede ansættelsesaftale med (bruger)virksomheden vil typisk indebære, at vikaren er tillagt samme ansættelsesretlige status som de medarbejdere, der er ansat på tidsbestemte kontrakter.¹⁷ Det gælder dog ikke nødvendigvis for en tilkaldevikar, der er løst tilknyttet (bruger)virksomheden, og som alene tilkaldes til brug for løsning af kortvarige opgaver.

I det følgende redegøres der under punkt 4-7 for vikarens status i henhold til funktionærloven før vikardirektivet, mens der i punkt 8-9 redegøres for samme status efter vikardirektivets implementering.

4. Vikarens funktionærstatus i henhold til funktionærloven

4.1. U1997.1495 H¹⁸

U 1997.1495 H, der er den ledende dom for vikarens retsstilling efter funktionærloven, fastslår, at en vikar hverken i forhold til vikarbureauet eller brugervirksomheden kan anses for at indtage en tjenestestilling, som dette begreb forstås efter funktionærloven. I den konkrete sag havde vikaren påbegyndt arbejdet for en brugervirksomhed den 9. august 1994, men blev opsagt til omgående fratræden den 31. august 1994, selvom det oprindeligt var planen, at vikaren skulle tilknyttes brugervirksomheden frem til den 30. september 1994.

Ifølge præmisserne blev det lagt til grund, at vikarens ansættelse i vikarbureauet kun omfattede det enkelte udlæningsforhold, at vikaren var frit stillet over for vikarbureauet og dermed ikke forpligtet til at påtage sig tilbudt arbejde, at vikaren kunne bringe arbejdsforholdet til op-

hør uden varsel og uanset vikarbureauets aftale med brugervirksomheden, og at vikaren var berettiget til at tage fast ansættelse hos brugervirksomheden. Afslutningsvis fremgår det af dommens præmisser, at det var uden betydning for sagen, om der var tale om en midlertidig eller tidsbegrænset ansættelse.

Dommen opstiller nogle forudsætninger om, hvad der forstås ved vikarbureauvirksomhed. Dommen tager stilling til vikarkonstellationen i dens rene form og ikke til, hvor langt vikarkonstellationen kan udstrækkes, uden at der etableres et tjenesteforhold mellem vikaren og vikarbureauet, eventuelt brugervirksomheden. Dommen tager endvidere ikke stilling til, om der gælder en tidsmæssig grænse for, hvor lang tid vikaren kan være tilknyttet et vikarbureau, henholdsvis udlejet til samme brugervirksomhed, uden at funktionærloven finder anvendelse.

Dommens rækkevidde er derfor usikker¹⁹ på flere punkter, hvilket giver anledning til at overveje betydningen heraf samt den eventuelle betydning for bedømmelsen af vikarens funktionærstatus ved at fravige dommens forudsætninger for vikarbureauvirksomhed.

Med udgangspunkt i U1997.1495H redegøres i de følgende afsnit for nogle af de betragtninger og kriterier, der kan tænkes at have betydning for bedømmelsen af, hvornår vikaren ikke længere falder uden for funktionærlovens tjenestebegreb. Betragtningerne er bl.a. knyttet op på udviklingen i funktionærlovens anvendelsesområde.

4.2. Tjenestestilling i funktionærlovens forstand

Det er efter funktionærlovens § 1, stk. 2, en betingelse for lovens anvendelse, at arbejdstageren »... indtager en tjenestestilling, således at han er undergivet arbejdsgiverens instruktioner.« De momenter, der kan udledes af retspraksis, og som tillægges vægt ved vurderingen af, om en person står i »tjenesteforhold« i funktionærlovens forstand, er detaljeret gennemgået i den juridiske litteratur.²⁰

17. Vikardirektivet blev vedtaget som det sidste af i alt tre direktiver, henholdsvis Rådets direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om deltidsarbejde og Rådets direktiv 1999/70/EF af 28. juni 1999 om tidsbegrænset ansættelse. Sidstnævnte to direktiver kom i stand på baggrund af forhandlinger mellem organisationerne, Sammenslutningen af Industri- og Arbejdsgiverorganisationer i Europa (UNICE), De Offentlige Arbejdsgiveres Europæiske Organisation (CEEP) og Den Europæiske Faglige Samarbejdsorganisation (ESF). Derimod kunne der ikke opnås enighed om direktivet vedrørende vikaransatte arbejdstagere, om end der ved indgåelsen af direktivet om tidsbegrænset ansættelse var enighed om at overveje behovet for at indgå en tilsvarende aftale om arbejde formidlet af vikarbureauer. Vikarbureauansatte vikarer blev af samme grund undtaget fra direktivet om tidsbegrænset ansættelse.

18. Dommen var en stadfæstelse af Sø- og Handelsrettens dom.

19. Herom fremgår af Funktionærret (4. udgave) af Lars Svenning Andersen m.fl. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 97 f, at »En særlig gruppe af lønmodtagere er medarbejdere knyttet til et vikarbureau. De er ikke i noget ansættelsesforhold til den virksomhed, de arbejder i. De er engageret – og aflønnet – af vikarbureauet. Deres ansættelsesforhold i relation til vikarbureauet vil typisk ikke være en tjenestestilling. De er frit stillede over for de arbejdsopgaver, de tilbydes, og har altså ikke nogen arbejdsforpligtelse. Dermed bliver de enkelte vikariater selvstændige aftaler mellem parterne. Usikker bliver retsstillingen imidlertid, hvis et enkelt vikariat strækker sig over 3 [skulle rettelig stå 1 måned] måneder. Her burde vikarens retsstilling være den samme i forhold til bureauet som andre funktionærers, men det er usikkert, om [UfR 1997.1495H] fører til, at vikaransatte altid falder uden for funktionærloven.«

20. Den Danske Arbejdsret, Bind I – Arbejdsrettens Almindelige Del (1. udgave) af Ole Hasselbalch, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 67 ff.

Funktionærret (4. udgave) af Lars Svenning Andersen m.fl. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 81 ff.

Arbejdsretlige Funktioner af Ole Hasselbalch, Juristforbundets Forlag 1979, side 91 ff.

Ansættelsesbevisloven med kommentarer (3. udgave) af Ole Hasselbalch, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 56 ff.

Herom anfører Ole Hasselbalch generelt »Om et arbejdsforhold skal betragtes som et lønmodtagerforhold (tjenesteforhold) og dermed som hørende under en bestemt lov, må afgøres ud fra en konkret vurdering af pågældende stillings karakter i relation til den lov, der er tale om at bringe i anvendelse – herunder i lyset af pågældende lovs konkrete sigte og de muligheder, der i det enkelte tilfælde består for at administrere lovens materielle forskrifter på de konkrete parter«.²¹

Sammesteds oplystes følgende kriterier for bedømmelsen af, om der konkret foreligger et tjenesteforhold; (i) arbejdsgiverens dispositionsret, (ii) det økonomiske mellemværende, (iii) pligten til at udføre arbejdet personligt, (iv) tilknytningen til arbejdsgiveren, (v) den sociale vurdering og (vi) en formålsfortolkning af den relevante lov.

Bedømmelsen af vikarens status efter en bestemt lov sker således på grundlag af en konkret vurdering af de listede principper. Vikaren er i den sammenhæng et godt eksempel på, hvordan bedømmelsen af samme persons lønmodtagerstatus efter den ansættelsesretlige lovgivning kan have forskellige udfald. Eksempelvis fremgår det af U1999.1870SH, der drejede sig om ansættelsesbevisloven, at det forhold, at en vikar ikke er lønmodtager i funktionærlovens forstand, ikke udelukker, at vikaren omfattes af anden ansættelsesretlig lovgivning. På baggrund af det bagvedliggende direktiv,²² herunder hensynet til ansættelsesbevislovens formål og det forhold, at der ifølge forarbejderne burde arbejdes med et vidt lønmodtagerbegreb, fastslog retten, at vikaren var omfattet af ansættelsesbevisloven. Det var efter rettens opfattelse uden betydning for dette resultat, at vikaren hverken i forhold til vikarbureauet eller brugervirksomheden indtog en tjenestestilling, som dette begreb forstås efter funktionærloven.

Lønmodtagere efter ansættelsesbevislovens § 1, stk. 2 er »... personer, der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold«, mens det efter funktionærlovens § 1, stk. 2, er en betingelse, at funktionæren »indtager en tjenestestilling, således at han er undergivet arbejdsgiverens instruktioner.«

Funktionærlovens tjenestebegreb kan læses på den måde, at der med præciseringen af, at funktionæren skal være undergivet arbejdsgiverens instruktioner, stilles krav om en mere kvalificeret tilknytning mellem funktionæren og arbejdsgiveren. Som det også fremgår af Sø- og Handelsrettens dom, er det formålet bag ansættelsesbevisloven og det bagvedliggende direktiv – frem for en naturlig sproglig forståelse af de forskelle, som består mellem de respektive lovs § 1, stk. 2, – der begrundes, at vikaren er omfattet af ansættelsesbevisloven. Hvor loven – som det er tilfældet med ansættelsesbevisloven – udspringer af et direktiv, er dette udgangspunkt særligt udtalt som følge af EU-rettens princip om EU-konform fortolkning. Tilsva-

rende gør sig ikke gældende i forhold til funktionærloven, der ikke udspringer af EU-retten.

Funktionærlovens historik og udvikling er således en anden. Tidligere var det et krav efter funktionærloven, at »... den paagældendes Arbejdskraft i det væsentlige staar til Disposition for vedkommende Virksomhed ...«. Ifølge det af Arbejds- og Socialministeriet nedsatte Udvalgs betænkning og udkast til lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer, var det efter Udvalgets opfattelse en naturlig betingelse for, at en arbejdsgiver skulle pålægges lovens byrder, at funktionæren havde sin hovedbeskæftigelse hos arbejdsgiveren.²³ Det var ikke hensigten, at en vikar skulle være omfattet af funktionærloven.

I takt med den samfundsmæssige udvikling blev betingelsen om hovedbeskæftigelse i 1964 erstattet af et krav om mindst 15 timers arbejde om ugen ud fra hensynet til, at også gifte kvinder, der arbejdede deltid, skulle være beskyttet af funktionærloven.²⁴ Den ugentlige timegrænse blev siden afløst af et reduceret krav om *mere end 8 timer* for at gøre funktionærloven mere tidssvarende og undgå, at EU-Domstolen ville underkende 15-timers grænsen som uforenelig med EU-Traktatens artikel 157 om ligeløn (tidligere artikel 141) og dennes forbud mod at forskelsbehandle mænd og kvinder.²⁵

De hensyn, der ligger til grund for udviklingen i funktionærlovens anvendelsesområde, kan i sig selv ikke føre så vidt som til, at vikaren bliver omfattet af funktionærloven. Det må dog antages, at udviklingen kan medføre en mere skærpet vurdering af, hvornår omgængelsesbetragtninger tilsiger, at vikaren vil blive omfattet af funktionærloven. Det er naturligvis et synspunkt, der ikke skal overvurderes, herunder af den grund at Højesteret tog stilling til vikarkonstellationen i 1997 – efter indførelsen af 15 timers grænsen i funktionærloven.

5. Rækkevidden af vikarkonstellationens trepartsforhold

5.1. Indledning

U 1997.1495 H hviler på en forudsætning om, at vikarkonstellationen består i form af et trepartsforhold. Det kan derfor overvejes, hvor langt trepartsforholdet rækker i forhold til at holde arbejdsforholdet uden for funktionærloven, herunder om Højesteret var nået frem til et andet resultat, hvis vikarens arbejdsaftale var indgået direkte med (bruger)virksomheden. Til brug for overvejelserne herom sondres i det følgende mellem tilkaldevikarens og den vikarbureauansattes funktionærstatus.

5.2. Tilkaldevikaren

Det er ikke kun, hvor en vikars arbejdskraft stilles til rådighed for en brugervirksomhed via et vikarbureau, at

21. Ansættelsesbevisloven med kommentarer (3. udgave) af Ole Hasselbalch, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 56.

22. Rådets direktiv af 14. oktober 1991 om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet.

23. Forslag til Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer (Fremsat i Folketinget den 20. februar 1948 af Arbejdsminister Marius Sørensen) LFF1947-1948.1.77.

24. LFF 1963-1964.1.26 Forslag til Lov om ændringer i lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (fremsat den 18. oktober 1963 af arbejdsministeren).

25. LFF 2000-2001.1.214 Forslag til Lov om gennemførelse af deltidsdirektivet (fremsat den 29. marts 2001 af arbejdsministeren).

vikarens arbejdsforhold kan falde uden for funktionærloven. Tilsvarende kan være tilfældet, hvis arbejdstageren tilknyttes arbejdsgiveren som tilkaldevikar/løsarbejder. Er tilkaldevikaren således frit stillet med hensyn til at påtage sig arbejde og berettiget til at afbryde ansættelsesforholdet uden varsel, vil tilkaldevikaren i udgangspunktet ikke stå i tjenesteforhold til arbejdsgiveren, som dette begreb forstås efter funktionærloven.

Dette vil dog samtidig forudsætte, at tilkaldevikaren fra gang til gang kun påtager sig arbejde af kort varighed. Den tidsmæssige udstrækning af den enkelte arbejdsopgave må antages ikke at kunne være bestemt til at strække sig ud over en måned, hvis dette er tidshorisonten allerede fra tilkaldevikarens tilknytning. Det forholder sig dog anderledes, hvis tilkaldevikarens arbejde varer mere end en måned som følge af flere på hinanden følgende opgaver, som vikaren tilbydes løbende.

Da tilkaldevikaren ikke indtager en tjenestestilling i forhold til arbejdsgiveren, vil tilkaldevikaren ikke være omfattet af funktionærloven. Det vil derfor heller ikke være funktionærlovens bestemmelse om midlertidig ansættelse, der vil være udslagsgivende for, om tilkaldevikarens tilknytning til arbejdsgiveren overgår til en kontinuerlig ansættelse. Anvendelsen af bestemmelsen om midlertidig ansættelse forudsætter netop, at tilkaldevikaren er omfattet af funktionærloven.

Bedømmelsen af tilkaldevikarens status efter funktionærloven vil således bero på en vurdering af, hvornår tilkaldevikarens arbejde og tilknytning i øvrigt får et sådant omfang eller tidsmæssig udstrækning, at der foreligger en omgåelse af funktionærloven.

Det er dog nærliggende, at en domstol vil anvende betingelserne efter funktionærlovens § 2, stk. 4²⁶ som målestok for, om loven finder anvendelse. En domstol vil derfor formentlig være tilbageholdende med at afvise en tilkaldevikars status af funktionær, hvis tilkaldevikaren kontinuerligt har arbejdet fuld tid for samme virksomhed i mere end en måned, uanset arbejdet er blevet tilbudt og accepteret løbende. Vurderingen er naturligvis konkret, men må samtidig skulle ansues i lyset af, at der i situationen vanskeligt kan peges på forskelle mellem tilkaldevikaren og den funktionær, der udfører midlertidigt arbejde i henhold til funktionærloven.

Vurderingen må nødvendigvis skulle ske under inddragelse af samtlige momenter i tilkaldevikarens tilknytningsaftale, herunder realiteten ved at anse det enkelte tilkald som et enkeltstående og afsluttet ansættelsesforhold, tilknytningsforholdets fasthed, parternes forventning mv., ligesom konstellationens formelle rammer må være tydelige.

26. Det fremgår af funktionærlovens § 2, stk. 4, at »Såfremt arbejdsgiveren godtgør, at der er truffet aftale om, at arbejdet er af rent midlertidig karakter, og arbejdsforholdet ikke vedvarer ud over 1 måned, finder stk. 2, nr. 1 ikke anvendelse«, ifølge hvilken arbejdsgiveren har pligt til at opsiges ansættelsesforholdet med mindst 1 måneds varsel til udgangen af en måned i de første 6 måneder af ansættelsen.

5.3. Den vikarbureauansatte vikar

I U 1997.1495 H var vikaren blevet stillet i udsigt at skulle arbejde knap to måneder. Funktionærloven gav dengang mulighed for at aftale midlertidig ansættelse af indtil 3 måneders varighed, og dommen kan af den grund ikke uden videre tages til indtægt for, at vikarkonstellationen indebærer, at vikarens tilknytning til brugervirksomheden kan strækkes ud over den tidsmæssige ramme for midlertidig ansættelse, uden at der herved etableres et tjenesteforhold.

Efter at have fastslået, at vikaren ikke indtog en tjenestestilling i funktionærlovens forstand, anfører Højesteret imidlertid, at »det bliver uden betydning, om der var tale om en midlertidig eller tidsbegrænset ansættelse.«

Højesterets afsluttende bemærkning må læses på den måde, at et vikariats tidsmæssige udstrækning, ud over funktionærlovens rammer for midlertidig ansættelse, ikke kan bringe vikarens arbejdsforhold ind under funktionærloven, når det i første omgang er konkluderet, at vikaren ikke indtager en tjenestestilling i lovens forstand, medmindre der foreligger en omgåelse.

Bemærkningen om »tidsbegrænset ansættelse« må skulle læses i lyset af, at det under sagen var stillet vikaren i udsigt, at hun skulle arbejde for brugervirksomheden i perioden 8. august 1994- 30. september 1994. Bemærkningen er således ikke udtryk for, at en tidsbegrænset ansættelsesaftale kan holdes uden for funktionærloven, hvor vikaren alene kan frigøre sig fra arbejdet inden udløbet af den tidsbegrænsede periode ved at iagttage et opsigelsesvarsel, men må, i lighed med ovennævnte bemærkning om midlertidig ansættelse, bero på en vurdering af, om der foreligger en omgåelse.

Det må således antages, at vikarens tilknytning til samme brugervirksomhed ikke indebærer, at der etableres et tjenesteforhold, selvom det ved arbejdets begyndelse forventes, at arbejdet strækker sig ud over funktionærlovens tidsmæssige ramme for midlertidig ansættelse.

5.4. En sammenligning af den vikarbureauansatte vikar og tilkaldevikaren

Hvis vikarbureauets og brugervirksomhedens ansættelsesretlige forpligtelser og rettigheder samles hos én og samme arbejdsgiver, vil vikarens direkte tilknytning til (bruger)virksomheden – i modsætning til den vikarbureauansatte vikar – som udgangspunkt resultere i et tjenesteforhold efter funktionærloven, hvis vikariatet fra begyndelsen er bestemt til at strække sig ud over en måned.

Ansættes tilkaldevikaren derimod i (bruger)virksomheden for en dag ad gangen, vil tilkaldevikaren – i lighed med den vikarbureauansatte vikar – ikke have status af funktionær. Den tidsmæssige ramme, for hvornår funktionærloven vil finde anvendelse på tilkaldevikarens arbejdsforhold, må dog antages at være mere snæver sammenlignet med den tidsmæssige ramme, der gælder for en vikarbureauansat vikar.

Vikarkonstellationens trepartsforhold resulterer således i en videre adgang for vikarbureauet og vikaren til at aftale, at funktionærloven ikke finder anvendelse sammenlig-

net med den situation, hvor vikaren ansættes direkte af (bruger)virksomheden.

Det er på sin vis interessant, at fordelingen af vikarens arbejdsmæssige rettigheder og forpligtelser mellem vikarbureauet og brugervirksomheden i videre omfang indebærer, at funktionærloven ikke finder anvendelse, idet vikaren – når bortses fra arbejdsrelationen til både vikarbureauet og brugervirksomheden – på mange måder indtager samme stilling, som den funktionær, der arbejder for én og samme arbejdsgiver. Mens vikarens formelle ansættelsesaftale om udførelse af arbejde for brugervirksomheder vil være indgået med vikarbureauet, vil det faktiske arbejde blive udført for brugervirksomheden og under dennes ledelse og instruktion. Vikarbureauet vil derfor i vidt omfang alene have karakter af administrati- on- og lønkontor.

5.5. Forskellige omgåelsesbetragtninger

Ovennævnte betragtninger kunne umiddelbart lede til en forhastet konklusion om, at trepartskonstellationen i sig selv kan medføre, at en arbejdstager ikke står i tjenesteforhold i funktionærlovens forstand. Uden at den eventuelle konsekvens heraf skal være udslagsgivende for konklusionen, ville det umiddelbart kunne indebære, at et udlån af medarbejdere mellem (koncernforbundne) virksomheder kunne bringe ansættelsesforholdet uden for funktionærloven.

En sådan udlånssituation vil – i lighed med vikarkonstellationen – typisk indebære, at den udlånte medarbejder (i) vil have indgået en ansættelseskontrakt med udlåner, (ii) under udlånet oppebærer sin løn fra udlåner, (iii) blive underlagt lånervirksomhedens instruktioner, ligesom (iv) lånervirksomheden vil refundere/betale udlåner lønomkostninger mv. Ansættelseskontrakten skal naturligvis afspejle det faktum, at enhver af parterne kan bringe ansættelsesforholdet til ophør uden varsel.

Omgåelsesbetragtninger må formentlig reducere levetiden af sådanne eventuelle udlånskonstellationer, hvor disse overhovedet vil have en forretningsmæssig relevans for de involverede virksomheder. Ved vurderingen må det ventes at blive tillagt vægt, at vikarkonstellationen adskiller sig fra udlånskonstruktionen ved at hvile på en forudsætning om, at vikaren udlejes til forskellige brugervirksomheder og ikke kun én lånervirksomhed, ligesom vikarbureauets primære erhvervs- og forretningsmæssige formål vil være selve driften af vikarbureauvirksomhed og dermed et bærende argument i forhold til bedømmelsen af, om der er tale om omgåelse. Hvor udlånskonstellationen etableres inden for samme koncern, synes det nærliggende at anse koncernen som én og samme arbejdsgiver.

Trepartskonstellationen kan således ikke i sig selv bringe arbejdsforholdet uden for funktionærlovens anvendelsesområde, hvor en medarbejder udlånes til en lånervirksomhed. Derimod er trepartskonstellationen et blandt flere momenter, der medfører, at funktionærloven ikke finder anvendelse, hvor vikarkonstellationen er etableret.

De nævnte omgåelsesbetragtninger gør sig ikke gældende, hvor der er tale om et vikarbureau's udleje af en vikar. Her vil trepartskonstellationen netop være båret af driftsmæssige, saglige hensyn. Som det fremgår nedenfor, er der imidlertid også et hensyn at tage til den tidsmæssige udstrækning af vikarens udleje.

6. Andre momenter af betydningen for vikarens funktionærstatus

6.1. Det tidsmæssige aspekt

Det tidsmæssige element spiller tillige en rolle ved bedømmelsen af, om trepartskonstellationen indebærer en omgåelse af funktionærloven – det uanset om der er tale om en udlånskonstruktion eller en vikarkonstellation.

Ved U1996.946SH nåede retten frem til, at en vikar, der havde arbejdet i samme brugervirksomhed i en periode på over 3 år, var omfattet af funktionærloven. Det fremgik af sagen, at vikaren havde været tilknyttet vikarbureauet i perioden 4. juli 1990 – 9. marts 1994, hvoraf vikaren havde arbejdet for samme brugervirksomhed i perioden 8. oktober 1990 – 18. februar 1994. Retten fandt, at der forelå en omgåelsessituation, og at vikaren derfor var omfattet af funktionærloven. Retten lagde vægt på, at vikarens arbejde i brugervirksomheden havde haft en sådan varighed og fasthed, at der reelt forelå et forhold, som måtte side- stilles med et sædvanligt ansættelsesforhold med status som funktionær – dette ud fra hensyn til hindring af omgåelse af de beskyttelseshensyn, hvorpå funktionærloven bygger.

Dommen statuerer omgåelse, fordi vikaren havde arbejdet for samme brugervirksomhed i over 3 år, men tager ikke generel stilling til, hvornår den tidsmæssige udstrækning af vikarens udleje gør, at der etableres et tjenesteforhold. Så længe det beror på en konkret vurdering af, hvornår der som følge af den tidsmæssige udstrækning af udlejen foreligger en omgåelse af vikarkonstellationen, vil der vanskeligt kunne opstilles sådanne generelle rammer.

Sø- og Handelsretten lægger vægt på, at arbejdet for brugervirksomheden havde haft en »langvarighed og fasthed«. Hvis kriteriet »langvarighed« tillægges vægt af hjælpemerket i forhold til at fastslå, hvornår arbejdsforholdet har opnået en sådan »fasthed«, at funktionærloven finder anvendelse, må det antages, at der kan forekomme situationer, hvor Sø- og Handelsrettens krav om »langvarighed og fasthed« er til stede allerede ved arbejdsforholdets etablering. I givet fald vil funktionærloven ud fra en omgåelsesbetragtning finde anvendelse straks. Hvor der er tale om en udlånssituation, som beskrevet ovenfor, synes dette at kunne begrunde, at den udlånte medarbejders ansættelsesforhold vil være omfattet af funktionærloven straks.

6.2. Den berettigede forventning

I U1996.1232V afviste landsretten (i modsætning til byretten), at en medarbejders arbejde kunne sidestilles med vikarbureauarbejde, idet *arbejdsgiveren* forventede, at medarbejderen påtog sig en opgave med kort varsel i de uger, hvor medarbejderen ikke havde fået en opgave, men ale-

ne stod til disposition. Landsretten fastslog herefter, at medarbejderen var undergivet arbejdsgiverens instruktioner.

Demonstratricen var for landsretten i stand til at dokumentere *arbejdsgiverens* forventning i form af et brev, som hun havde modtaget fra arbejdsgiveren. Landsretten tillægger arbejdsgiverens forventning vægt i forhold til, om der består et tjenesteforhold. Dommen supplerer U 1996.946S H med momenter til støtte for, at en vikarsættelse har opnået en sådan fasthed, at der består et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand. Er en vikar således i stand til at dokumentere tilstedeværelsen af et tjenesteforhold og egne berettigede forventninger hertil ud fra arbejdsgiverens forventninger og handlemåde i arbejdsforholdet, vil det kunne begrunde et tjenesteforhold. Dommen skal formentlig også læses i lyset af, at medarbejderen var blevet opsagt med 3 dages varsel, efter at hun i perioden 1975-1991 havde været ansat med at demonstrere mejeriprodukter i en organisations medlemsbutikker.

Det må i almindelighed antages, at det vil være svært for vikaren at påberåbe sig funktionærlovens anvendelse ud fra en betragtning om vikarbureauets forventninger om, at vikaren ikke afviser at arbejde. Anderledes må denne forventning kunne antages at blive tillagt betydning, hvor vikarens tilknytning til samme brugervirksomhed resulterer i en langvarig og fast tilknytning.

6.3. Fast ansættelse hos brugervirksomheden

Det er ifølge U1997.1495H endvidere en forudsætning for vikarkonstellationen, at vikarer er berettiget til at tage fast ansættelse hos brugervirksomheden, som vedkommende er udlejet til. Vikaren skal således være berettiget til at bringe arbejdsforholdet med vikarbureauet til ophør uden varsel og straks herefter tage ansættelse direkte hos brugervirksomheden. Under henvisning til U1997.1495H er denne forudsætning gentaget i præmisserne i Arbejdsrettens dom af 7. september 2007.²⁷ Det fremgår således, at en vikars adgang til at tage fast ansættelse i en brugervirksomhed, hvortil vikaren er udlejet, er udtryk for et »grundvilkår for vikarbureauansættelse«, men uden at dommen tager stilling til betydningen heraf for vikarens ansættelsesretlige beføjelser i forhold til vikarbureauet.

Jobklausulloven²⁸ kom til i 2008 og indebærer bl.a., at en aftale, »som en arbejdsgiver indgår med andre virksomheder med henblik på at hindre eller begrænse en medarbejders mulighed for at opnå ansættelse i en anden virksomhed« alene vil være gyldig, hvis aftalen opfylder lo-

vens betingelser. Efter loven skal der indgås en aftale (»oplysningsklausul«) med den berørte medarbejder, der oplyser om jobklausulens jobbegrænsninger, og som giver medarbejderen ret til kompensation for den periode efter fratrædelsen, hvor medarbejderen er begrænset af klausulen.

Ordninger, hvorved vikarbureauer modtager en rimelig betaling for en brugervirksomheds ansættelse af en udsendt vikar, er ikke omfattet af loven (§ 2, stk. 2). Herved forstås en betaling, der står mål med vikarbureauets udgifter til oplæring mv., de sparede rekrutteringsudgifter fra brugervirksomheden og den aftalte gebyrperiode.

Ønsker vikarbureauet at indgå en jobklausul med en brugervirksomhed, der indeholder vilkår, som falder uden for rammerne af den rimelige betaling eller hindrer, at vikaren tager ansættelse i brugervirksomheden, vil dette kunne ske, hvis vikarbureauet indgår en oplysningsklausul med vikaren.

Et vikarbureaus aftale om »rimelig betaling« har til formål at værne om vikarbureauets forretningsgrundlag og sikre, at vikarbureauet ikke blot agerer gratis formidlingskontor for brugervirksomheden. Det er således ikke hensigten at begrænse vikaren fra at opnå ansættelse i brugervirksomheden eller i øvrigt tilsiget en omgåelse af vikarkonstellationen. Vikarbureauets krav om rimelig betaling kan på denne baggrund næppe føre til, at der etableres et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand.

Indgår vikarbureauet en jobklausul med en brugervirksomhed, der udmønter sig i en samtidig pligt for bureauet til at aftale en oplysningsklausul med vikaren, vil det indebære en ændring af et grundvilkår for vikarbureauansættelsen. Om end dette ikke umiddelbart resulterer i vikarbureauets instruktionsbeføjelse over for vikaren, vil det være udtryk for et vilkår, der indebærer en mere fast tilknytning til vikarbureauet. Begrænsningen af en vikars jobmuligheder efter arbejdsforholdets ophør i form af en jobklausul vil være et moment, der peger i retning af et tjenesteforhold. Vikaren vil ikke længere være frit stillet i forhold til vikarbureauet, men vil efter arbejdsforholdets ophør fortsat være knyttet op på forpligtelser i arbejdsforholdet. Det må derfor antages, at omgængelsesbetragtninger i en sådan situation kan føre til vikarens funktionærstatus.²⁹

6.4. Retten til at bringe arbejdsforholdet til ophør uden varsel

I U1997.1495H blev det desuden lagt til grund, at »vikareren anses for frit stillede over for bureauerne, og de er således ikke forpligtet til at påtage sig tilbudt arbejde, ligesom de uden varsel kan bringe arbejdsforholdet til ophør uanset bureauets aftaler med kunden«. Det kan derfor overvejes, om det vil medføre en ændret bedømmelse af vikarens status efter funktionærloven, hvis denne opsigelsesadgang begrænses i form af et opsigelsesvarsel.

Dommen tager ikke stilling til den situation, hvor vikarbureauet er forpligtet til at opsiges vikaren med et varsel,

27. Sag nr. A2005.721. Arbejdsretten fastslog, at et aftalevilkår i et vikarbureaus samarbejdsaftale med brugervirksomhederne, hvorefter brugervirksomhederne i indtil 12 måneder efter samarbejdsaftalens ophør ikke måtte ansætte vikarer, som havde været udlejet under samarbejdsaftalen, var i strid med Hovedaftalen mellem DA og LO. Dommen vedrører en fortolkning af Hovedaftalens § 9, stk. 2, og dens rækkevidde må derfor begrænses til dette overenskomstområde.

28. Lov nr. 460 af 17. juni 2008 om arbejdsgivers brug af jobklausuler.

29. Se dog herom afsnit 8.4 vedrørende jobklausuler efter vikardirektivet.

men opstiller alene en forudsætning om, at vikaren kan bringe arbejdsforholdet til ophør uden varsel. Dog fremgår det af dommens præmisser, at et sædvanligt vikarbureauansættelsesforhold angår udlejning af arbejdskraft, hvis ansættelsen hos vikarbureauet kun omfatter det enkelte udlejningsforhold.

Den tidsmæssige udstrækning af det enkelte udlejningsforhold kan variere afhængig af brugervirksomhedens behov, og spørgsmålet om betydningen af en eventuel pligt for vikarbureauet og vikaren til at bringe arbejdsforholdet til ophør med et varsel, må derfor rejses inden for den tidsmæssige ramme heraf.

Hvis vikaren ikke kan frigøre sig fra arbejdsforholdet uden varsel, uden derved at bringe sig i en misligholdessituation i forhold til vikarbureauet, men har en pligt til at bringe arbejdsforholdet til ophør med et varsel, må det nødvendigvis indebære en samtidig pligt for vikaren til at indrette sig i overensstemmelse med vikarbureauets eller brugervirksomhedens instruktioner. Vikaren står da i et tjenesteforhold i forhold til vikarbureauet – dette selv om vikaren kun er ansat for det enkelte udlejningsforhold. Funktionærloven finder således anvendelse i sin helhed, hvilket udelukker muligheden for at fravige denne til ugunst for vikaren, jf. lovens § 21, herunder i form af en mellemøsning, som eksempelvis indebærer en pligt for vikarbureauet til at opsiges arbejdsforholdet med et kortere varsel, end funktionærloven foreskriver.

Det forhold, at vikaren kan opsiges arbejdsforholdet med et kortere varsel, end der gælder efter funktionærlovens opsigelsesregler, kan ikke antages at føre til et andet resultat, da funktionærloven kan fraviges til ugunst for arbejdsgiveren.

Vikarens funktionærstatus kan herefter overvejes, hvis vikarbureauet har pligt til at bringe arbejdsforholdet til ophør med et varsel inden for det enkelte udlejerforhold, men hvor vikaren fortsat kan frigøre sig fra arbejdsforholdet uden varsel. Højesteret tager som nævnt ikke stilling hertil i U1997.1495H al den tid, at vikaren alene er ansat for det enkelte udlejerforhold, hvilket støtter et synspunkt om, at det afgørende for bedømmelsen af vikarens funktionærstatus er, om vikaren er frit stillet i forhold til vikarbureauet og brugervirksomheden.

En pligt for vikarbureauet til at bringe vikarens arbejdsforhold til ophør med et varsel inden for rammerne af det enkelte udlejningsforhold synes således ikke at kunne føre til etableringen af et tjenesteforhold.

7. Sammenfattende bemærkninger

Forudsætningerne, der i U1997.1495H blev lagt til grund for vikarkonstellationen, og som resulterer i, at en vikar ikke indtager et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand, supplerer hinanden, hvilket må antages at medføre snævre rammer for, hvilke ændringer der konkret kan ske, uden at der herved etableres et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand.

Generelt synes overvejelser ud fra hensyn til at undgå omgåelse af funktionærloven at være afgørende for, om vikaren konkret indtager en tjenestestilling i funktionærlo-

vens forstand. Vikarbureauets ide- og forretningsgrundlag må ved vurderingen heraf i sig selv antages at skabe en formodning imod, at der foreligger omgåelse – et udgangspunkt, der influeres af parternes berettigede forventninger, den tidsmæssige udstrækning af vikarens udsendelse og måden, hvorpå vikarkonstellationen praktisk håndteres. Mens vikarens berettigede forventning om funktionærstatus ved udsendelsen næppe står særlig stærkt, hvis vikarkonstellationen er reel, vil dette nødvendigvis ændre sig i takt med udsendelsens tidsmæssige udstrækning.

Bedømmelsen af, hvornår vikarens arbejde for samme brugervirksomhed opnår en sådan fasthed og langvarighed, at der opstår en tjenestestilling efter funktionærloven, er konkret, og der kan derfor ikke på forhånd opstilles en tidsmæssig ramme herfor. Det kan dog konkluderes, at vikarens udsendelse til samme brugervirksomhed – ud over de tidsmæssige rammer for midlertidig ansættelse efter funktionærloven – ikke indebærer, at der etableres et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand, hvor vikarkonstellationen er reel.

Funktionærlovens anvendelsesområde er de senere år blevet udvidet, ligesom tendensen er en stadig stigende lønmodtagerbeskyttelse. Denne udvikling kan ikke – i hvert fald i skrivende stund – føre til, at vikaren af den grund skal tillægges funktionærstatus. Det er dog muligt, at udviklingen kunne være et udslagsgivende moment for bedømmelsen, hvor der sker en ændring i vikarkonstellationens forudsætninger.

8. Vikardirektivets betydning for vikarens funktionærstatus

8.1. Indledning

Selvom vikardirektivet ikke er implementeret i dansk ret endnu, hersker der ikke tvivl om, at vikardirektivet og den kommende vikarlov vil få betydning for vikarens ansættelsesretlige position såvel som for vikarbureauets og brugervirksomhedens forpligtelser over for vikaren.

Med formålet om at beskytte den vikarbureauansatte vikar og forbedre kvaliteten i vikararbejdet³⁰ introducerer vikardirektivet først og fremmest et ligebehandlingsprincip, der indebærer, at en vikar i henseende til de »væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår«, som disse vilkår er afgrænset i direktivet, skal stilles, som var vikaren ansat direkte af brugervirksomheden til udførelse af samme arbejdsopgave. Ligebehandlingsprincippet er gentaget i lovforslagets kapitel 3 under vikarbureauets forpligtelser.

Lovforslaget (§ 3, stk. 5) indeholder en adgang til at fravige ligebehandlingsprincippet ved kollektiv overenskomst på visse betingelser. Den generelle (note 31) beskyttelse, der består i, at vikaren er omfattet af kollektiv over-

30. Ifølge vikardirektivets første betragtning har direktivet navnlig til formål at sikre fuld overholdelse af artikel 31 om retfærdige og rimelige arbejdsforhold i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, hvorefter enhver arbejdstager har ret til sunde, sikre og værdige arbejdsforhold og til en begrænsning af den maksimale arbejdstid, til daglige og ugentlige hvileperioder samt til årlig ferie med løn.

enskomst i henhold til fravigelsesbestemmelsen, indebærer (lovforslaget side 9), at en vikar ikke i et konkret ligebehandlingsprincippet, kan støtte rette på dette princip. Ifølge lovforslaget (side 16) sikres det blandt andet ved fravigelsesadgangen at de vikarer, der ikke kan støtte ret på ligebehandlingsprincippet, har betryggende overenskomstmæssige rettigheder i stedet. Den *generelle*³¹ beskyttelse, der består i, at vikaren er omfattet af kollektiv overenskomst, er efter fravigelsesadgangen tilstrækkelig til at stille vikaren mindre gunstigt, end hvis ligebehandlingsprincippet havde fundet anvendelse – eksempelvis med hensyn til vikarens aflønning. Det må derfor antages, at ligebehandlingsprincippet først og fremmest vil få betydning i forhold til de vikarer, der udlejes uden at være overenskomstdækkede.

8.2. En generel udvidelse af funktionærloven?

Foranlediget af de rettigheder som vikaren vil blive tillagt i medfør af ligebehandlingsprincippet, kan det overvejes, om en vikar, der udfører funktionærarbejde, vil opnå funktionærstatus.

Det bliver ifølge lovforslagets bemærkninger ikke tilfældet. Det fremgår heraf, at det »Med hensyn til funktionærloven er ... fastslået i retspraksis, at vikarer ikke er funktionærer, da de som anført i U97.1495H ikke er i en tjenestetil-ling, og selvom det arbejde, en vikar udfører i en brugervirksomhed, måtte være funktionærarbejde, og vikaren således ville være funktionær og omfattet af alle bestemmelserne i funktionærloven, hvis vikaren var ansat direkte i brugervirksomheden, vil vikaren ikke få funktionærstatus som følge af ligebehandlingsprincippet.«³² Denne opfattelse adskiller sig fra det synspunkt, der tidligere blev givet udtryk for, hvorefter implementeringen af vikardirektivet formentlig ville indebære, at vikarers retsstilling i forhold til funktionærloven skulle ændres.³³

Ruth Nielsen anfører,³⁴ at »Når [vikar]direktivet er gennemført, vil det medføre ændringer i anvendelsen af arbejdsstagerbegrebet i Danmark, der i dag tillader, at der aftales vikarfor-

hold, og tillader, at vikarer anses for at falde uden for arbejdsstagerbegrebet. Indtil Danmark har gennemført direktivet, skal dansk ret fortolkes direktivkonformt. Funktionærbegrebet, som Højesteret fortolkede i 1997 [U1997.1495H] i forhold til vikarer, er formentlig så åbent, at det er muligt at nå til det modsatte resultat af det, Højesteret nåede i 1997 ved EU-konform fortolkning.«

Selvom der med den kommende vikarlov ikke tilsigtes en generel udvidelse af funktionærloven, vil bedømmelsen af vikarens funktionærstatus afhænge af, om forudsætningerne i U1997.1495H ændres i en sådan grad, at der etableres et tjenesteforhold mellem vikarbureauet og vikaren.

8.3. Ligebehandlingsprincippet og funktionærlovens afsmittende bestemmelser

8.3.1. Indledning

Ligebehandlingsprincippet indebærer, at en vikar, der udfører funktionærarbejde for en brugervirksomhed, skal tillægges afsmittende rettigheder efter funktionærloven, der mindst svarer til, at vikaren havde været ansat direkte af brugervirksomheden til udførelse af samme arbejdsopgave. Vikaren skal derfor udføre funktionærarbejde i den væsentligste del af arbejdstiden for brugervirksomheden, ligesom der skal være tale om en gennemsnitlig arbejdstid på mere end 8 timer ugentlig.

De bestemmelser, der efter funktionærloven skal tillægges afsmittende virkning, er begrænset til at angå »... arbejdstidens længde, overarbejde, pauser, hvileperioder, natarbejde, ferie, helligdage samt aflønning.«³⁵ Afgørende er dernæst afgrænsningen af de bestemmelser i funktionærloven, der i medfør heraf skal tillægges afsmittende virkning.

Mens ligebehandlingsprincippet næppe kan udstrækkes til at omfatte funktionærlovens opsigelsesvarsler, antages det i bemærkningerne til lovforslaget, at funktionærlovens § 5, stk. 1, om funktionærens ret til løn under sygdom, er et aflønningsvilkår, der skal tillægges afsmittende virkning. Således anføres det (lovforslagets side 8), at »Da ligebehandlingsprincippet gælder aflønning, vil funktionærlovens bestemmelser om aflønning kunne gøres gældende af vikarer, der ville være funktionærer, hvis de var ansat direkte på brugervirksomheden. Fx funktionærlovens § 5, stk. 1, om ret til løn under sygdom får således i kraft af ligebehandlingsprincippet afsmittende virkning for vikarer.«

35. Efter lovforslagets § 3, stk. 1 og 2 foreslås følgende ordlyd:

Stk. 1. »For så vidt angår arbejdstidens længde, overarbejde, pauser, hvileperioder, natarbejde, ferie, helligdage samt aflønning skal vikarer under deres udsendelse til en brugervirksomhed mindst have vilkår svarende til, hvad der ville have været gældende i medfør af lovgivning, kollektive overenskomster eller andre bindende generelle bestemmelser, hvis vikarerne havde været ansat direkte af brugervirksomheden til udførelse af samme arbejdsopgave.«

Stk. 2 »Ved anvendelsen af stk. 1 finder de regler, der gælder i brugervirksomheden i medfør af lovgivning, kollektive overenskomster eller andre generelle bestemmelser, anvendelse vedrørende a) beskyttelse af gravide eller ammende kvinder, b) børn og unge, c) ligebehandling af mænd og kvinder samt d) foranstaltninger til bekæmpelse af forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.«

31. Lovforslaget lægger op til en udnyttelse af vikardirektivets artikel 5, stk. 3: »Medlemsstaterne kan efter høring af arbejdsmarkedets parter give disse mulighed for på det relevante niveau og på betingelser, som medlemsstaterne fastsætter, at videreføre eller indgå kollektive overenskomster, hvorved der, samtidig med at den generelle beskyttelse af vikaransatte respekteres, kan indføres ordninger vedrørende vikaransattes arbejds- og ansættelsesvilkår, som kan afvige fra dem, der er omhandlet i [ligebehandlingsprincippet].«
32. Der er i al væsentlighed tale om en gengivelse af note 1, som indeholdt i beskæftigelsesministeriets notat af 3. december 2012 vedrørende fastlæggelse af vikarers lønniveau gennem vikardirektivets ligebehandlingsprincip. Notatet blev udarbejdet af Beskæftigelsesministeriet efter et samråd i Folketingets Europaudvalg den 30. november 2012 foranlediget af et spørgsmål om, hvorledes vikardirektivets ligebehandlingsprincip kan fastsætte et lønniveau for vikarer.
33. Revideret samlenotat vedr. direktiv om vikaransattes arbejdsforhold (»vikardirektivet«) – Rådsmøde for beskæftigelse og sociale anliggender den 9. juni 2008, som sendt til medlemmerne af Folketingets Europaudvalg m.fl. den 3. juni 2008.
34. Dansk arbejdsret (2. udgave) af Ruth Nielsen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2012, side 459.

Hermed gentages det synspunkt, som blev fremført i beskæftigelsesministeriets notat af 3. december 2012 vedrørende fastlæggelse af vikarers lønniveau gennem vikardirektivets ligebehandlingsprincip. Efter notatets konstatering af, at ligebehandlingsprincippet er aldeles uden betydning ved fastlæggelse af lønniveauet, anføres det i notatet, at »Begrebet aflønning, som jo anvendes i vikardirektivet, er lidt bredere og må fx dække ret til løn under sygdom. Således vil fx funktionærlovens bestemmelser om aflønning, herunder § 5, stk. 1, om løn under sygdom, kunne gøres gældende af vikarer, der ville være funktionærer, hvis de var ansat direkte på brugervirksomheden.«

8.3.2. Vikarens ret til løn under sygdom

Vikarkonstellationen, som den var forelagt Højesteret i U1997.1495H, er karakteriseret ved, at parterne kan bringe arbejdsforholdet til ophør uden varsel. Denne opsigelsesadgang finder også anvendelse, hvis vikaren bliver syg og derfor ikke er i stand til at fortsætte arbejdet for brugervirksomheden. Ét er således at indføre en ret til løn under sygdom for vikaren – noget andet at sikre, at denne ret ikke blot får teoretisk betydning.

Skal der være en reel ret til løn under sygdom for vikaren, må retten nødvendigvis skulle kombineres med en begrænsning af vikarbureauets adgang til at opsiges arbejdsforholdet i tilfælde af sygdom. Retten til løn under sygdom efter funktionærloven er ikke afhængig af anciennitet eller tidsmæssig begrænsning i øvrigt. Forpligtelsen ophører derfor først, når arbejdsgiveren har frigjort sig fra ansættelseskontrakten i overensstemmelse med det kontraktuelle opsigelsesvarsel.

Brugervirksomhedens egne medarbejdere vil alene være berettiget til løn under sygdom, mens ansættelsesforholdet består. Hverken vikardirektivet eller lovforslaget synes at indebære en ret for vikaren til et opsigelsesvarsel, og spørgsmålet er herefter, om det vil være i overensstemmelse med direktivet, hvis vikarens ret til løn under sygdom begrænses til den tid, hvor vikarens arbejdsforhold består, selvom lønforpligtelsen i givet fald risikerer at få teoretisk karakter.

Lovforslaget forholder sig ikke til problemstillingen, men konstaterer blot, at løn under sygdom er et eksempel på et vilkår, der i medfør af ligebehandlingsprincippet skal tillægges afsmittende virkning. Ligebehandlingsprincippet skal muligvis fortolkes således, at vikarbureauet ikke uden videre kan frigøre sig fra forpligtelsen til at betale løn under sygdom ved at bringe arbejdsforholdet til ophør i tilfælde af vikarens sygdom, men at vikaren vil være berettiget til løn under sygdom frem til det tidspunkt, hvor arbejdsforholdet kunne være bragt til ophør, hvis vikaren havde været ansat direkte af (bruger)virksomheden.

Synspunktet understøttes af vikardirektivets ordlyd, men også af den af EU-Domstolen anlagte fortolkningsstil, hvorefter de sociale hensyn tillægges stor betydning. Samtidig henviser vikardirektivets første betragtning netop til Den Europæiske Unions charter om grundlæggende

rettigheder, herunder at vikardirektivet navnlig har til formål at sikre fuld overholdelse af charterets artikel 31.

Hvis ovennævnte fortolkning lægges til grund, må vikarbureauets frigørelsesadgang antages at afhænge af varigheden af den periode, som det er hensigten, at vikaren skal være tilknyttet brugervirksomheden. Er det hensigten, at vikaren skal være tilknyttet brugervirksomheden i en periode på eksempelvis to måneder, ville det, hvis vikaren havde været ansat direkte af brugervirksomheden, indebære, at (bruger)virksomheden havde været forpligtet til at betale løn under sygdom, indtil ansættelsesforholdet kunne bringes til ophør med en måneds varsel til udgangen af en måned.³⁶

Relaterer vikarens tidsmæssige tilknytning til brugervirksomheden sig til en endnu ikke færdiggjort opgave, må det derfor antages, at vikarbureauet vil skulle betale vikaren løn under sygdom indtil det tidspunkt, hvor brugervirksomheden kunne have frigjort sig fra denne forpligtelse, hvis vikaren havde været ansat direkte af brugervirksomheden. Omvendt består der næppe en videregående forpligtelse til at betale løn under sygdom, hvor vikarens arbejde for brugervirksomheden er begrænset til en enkelt dag.

Det kan herefter overvejes, om der med udgangspunkt i funktionærlovens regler om midlertidig ansættelse kan opstilles en tidsmæssig begrænsning i vikarens ret til løn under sygdom, da en arbejdsgiver inden for den tidsmæssige ramme heraf kan opsiges en funktionær uden varsel.

Skal vikaren være tilknyttet brugervirksomheden i under en måned, taler det for, at arbejdsforholdet kan bringes til ophør uden en forpligtelse til at betale løn under sygdom. Muligheden for at frigøre sig fra lønforpligtelsen ved vikarens sygdom inden for en måned svarende til funktionærlovens mulighed for midlertidig ansættelse, vil formentlig afhænge af, om det ved arbejdsforholdets begyndelse er hensigten, at vikaren skal tilknyttes brugervirksomheden mere end en måned. Det må således på grundlag af U1995.660H antages, at der ikke kan indgås aftale om midlertidig ansættelse, hvor det ved tiltrædelsen er hensigten, at funktionæren skal arbejde mere end en måned.³⁷

8.3.3. Et alternativ til forpligtelsen til at betale løn under sygdom?

Det præciseres i bemærkningerne til lovforslaget (side 8), at »ligebehandlingsprincippet skal overholdes i relation til hvert enkelt af de ansættelsesvilkår, som princippet indbefatter«. Endvidere anføres det, at »Der er dog ikke noget til hinder for, at hvert enkelt af de opregnede vilkår ansues fleksibelt, hvis bare ligebehandlingsprincippet overholdes i relation til det enkelte vilkår. Det vil sige, at vikarer skal ligestilles med hensyn til fx aflønning, men at det er muligt at opfylde dette krav uden, at

36. Såfremt der var truffet aftale om prøvetid, ville arbejdsforholdet fra (bruger)virksomhedens side kunne bringes til ophør med 14 dages varsel, jf. funktionærlovens § 2, stk. 5.

37. Funktionærret (4. udgave) af Lars Svenning Andersen m.fl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 614 f.

vikaren får præcist de samme vilkår vedrørende løn som tilsvarende fastansatte på brugervirksomheden.»

Som eksempel nævnes muligheden for at konvertere et pensionsbidrag til løn, som betales direkte til vikaren. Konverteringen er betinget af, at vikaren ikke ud fra en samlet vurdering af aflønningen behandles dårligere, end hvis vikaren havde været ansat direkte af brugervirksomheden til udførelse af samme arbejdsopgave.³⁸

Der er hermed åbnet op for, at vikarens ret til løn under sygdom kan konverteres til et andet løngode, hvis det samlet set ikke indebærer en forringelse af vikarens løn. Konverteringen af ét løngode til et andet må dog forudsætte, at vikaren konkret ikke stilles dårligere. Det er derfor umiddelbart vanskeligt at gennemskue, hvordan en sådan konvertering skal ske uden samtidig at knytte konverteringen op på de tidsvilkår, under hvilke vikaren havde været berettiget til løn under sygdom ved ansættelse direkte i brugervirksomheden.

Under alle omstændigheder må konverteringsadgangen og dens overensstemmelse med vikardirektivet forudsætte en gennemsigtighed i forhold til de enkelte konverterede lønde.

8.3.4. Konsekvensen af vikarens ret til løn under sygdom

Det kan overvejes, om vikarens ret til løn under sygdom kan resultere i et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand. Lønforpligtelsen under vikarens sygdom indebærer dog alene en forpligtelse for vikarbureauet – ikke vikaren.

Er vikarbureauet ikke frit stillet og berettiget til at standse lønbetalingen ved vikarens sygdom, bliver den praktiske konsekvens, at arbejdsforholdet videreføres, indtil vikaren rasmeldes, medmindre vikarbureauet forinden opsiges samarbejdet. Der er som udgangspunkt tale om en ensidig pligt for vikarbureauet, og vikaren vil derfor fortsat være frit stillet i forhold til vikarbureauet og brugervirksomheden. Isoleret set resulterer vikarens ret til løn under sygdom derfor ikke umiddelbart i etableringen af et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand, når vikaren fortsat er frit stillet i forhold til vikarbureauet.

Som anført under afsnit 6.4, må det først og fremmest antages at være vikarens pligt til at bringe arbejdsfor-

holdet til ophør med et bestemt varsel, der vil føre til, at vikaren står i tjenesteforhold til vikarbureauet, hvorimod dette ikke er tilfældet, hvis forpligtelsen pålægges vikarbureauet.

Selvom retten til løn under sygdom ikke umiddelbart resulterer i etableringen af et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand, er der tale om et moment, der ved den samlede bedømmelse af vikarens status efter funktionærloven peger i retning heraf. Hertil kommer de eventuelle pligter, der ved sygdom vil blive aktualiseret for vikaren. Eksempelvis må vikarbureauets pligt til at betale løn under sygdom nødvendigvis indebære og kunne betinges af, at vikaren dokumenterer sygefraværet over for vikarbureauet i overensstemmelse med de sædvanlige regler herfor.

8.3.5. Andre afsmittende vilkår efter funktionærloven?

Om end det anføres i bemærkningerne til lovforslaget (side 7), at ligebehandlingsprincippet er overordentlig centralt i forhold til, hvilke rettigheder en vikar konkret kan påberåbe sig, og at det synes påkrævet at beskrive princippet udmøntning i en dansk kontekst nærmere, er der ikke støtte at hente i bemærkningerne til brug for afklaringen af, hvilke vilkår efter funktionærloven, der ud over retten til løn under sygdom, skal tillægges afsmittende virkning. Det havde været nærliggende, om der var foretaget en nærmere stillingtagen til de af funktionærlovens øvrige vilkår, som skal tillægges afsmittende virkning, herunder når henses til bødesanktioneringen af vikarbureauets forsætlige eller groft uagtsomme krænkelse af vikarens rettigheder i henhold til ligebehandlingsprincippet.

Ligebehandlingsprincippet afsløningsbegreb må dog antages at omfatte funktionærlovens § 7, stk. 2, om kvindelige funktionærers ret til halv løn under fravær på grund af graviditet og barsel.

Funktionærloven sigter ikke på en regulering af vikarers arbejdsforhold. Ikke desto mindre indeholder loven flere anciennitetsbestemte vilkår, der umiddelbart kunne antages at være omfattet af vikardirektivets afsløningsbegreb, når henses til den af ministeriet anlagte bredere fortolkning heraf.³⁹

Der er med lovforslaget ikke lagt op til, at vikaren skal optjene anciennitet på grundlag af sin ansættelse i hverken vikarbureauet eller brugervirksomheden, men derimod indføjet et forbud mod omgåelse af ligebehandlingsprincippet, eksempelvis ved at anvende successive udsendelser af en vikar uden saglige begrundelser herfor. I bemærkningerne til lovforslaget adresseres bestemmelsen til at modvirke omgåelsen af anciennitetsbestemte lønelementer. Det følger heraf implicit, at vikarens ret til et anciennitetsafhængigt vilkår efter funktionærloven – selv hvor det må antages, at vilkåret hører ind under afsløningsbegrebet – alene aktualiseres, hvor vikarens ud-

38. Ifølge bemærkningerne til lovforslaget (side 10) fremgår det, at »... såvel brugervirksomheders som vikarbureauers overenskomster vil kunne fravige ligebehandlingsprincippet, hvis overenskomsten dækker det pågældende vikararbejde, og hvis overenskomsten er indgået af mindst én repræsentativ part på lønmodtagerside«. Eksemplet vedrørende konverteringen af pension til løn tager imidlertid afsæt i en situation, hvor pensionsforpligtelsen udspringer af brugervirksomhedens overenskomst, hvorved det implicit må forudsættes, at ligebehandlingsprincippet ikke er fraveget i medfør heraf. Der ville i givet fald ikke være et krav om at kompensere punkt for punkt. Det skal dog samtidig nævnes, at der synes at skulle anlægges en noget anstrengt fortolkning af lovforslagets § 3, stk. 5, hvis ligebehandlingsprincippet tillige skal kunne fraviges ved brugervirksomhedens overenskomst, og det synes derfor hensigtsmæssigt, hvis ordlyden blev præciseret til også at omfatte muligheden for at fravige ligebehandlingsprincippet i medfør af brugervirksomhedens overenskomst.

39. Beskæftigelsesministeriets notat af 3. december 2012 vedrørende fastlæggelse af vikarers lønniveau gennem vikardirektivets ligebehandlingsprincip.

sendelse har en sådan tidsmæssig udstrækning, at anciennitetskriteriet opfyldes, eller der foreligger en omgåelse heraf.

Lovforslaget synes herefter at resultere i, at vikarens væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår kan fastsættes ud fra en unuanceret vurdering og uden skelen til anciennitet, kvalifikationer mv., når blot der ikke er tale om førnævnte successive ansættelser. Det kan derfor overvejes, om der herved vil ske en reel ligebehandling, eller om vikarens optjening af anciennitet i forhold til den enkelte brugervirksomhed var en mulig og måske alternativ løsning til at forebygge omgåelse af ligebehandlingsprincippet? Det ville i givet fald spare vurderingen af, om – og i givet fald hvornår – den enkelte vikars udsendelse strider mod forbuddet mod successive ansættelser.

8.3.6. Afsmittende vilkår i øvrigt

En vikar, der tillægges afsmittende vilkår i henhold til lovgivning, herunder funktionærloven, vil endvidere være berettiget til de af ligebehandlingsprincippet nævnte vilkår svarende til, hvad der ville have været gældende i medfør af kollektive overenskomster eller andre bindende generelle bestemmelser – vilkår, der ikke umiddelbart kan tænkes at have betydning for bedømmelsen af vikarens status efter funktionærloven.

Om afgrænsningen af »andre bindende generelle bestemmelser« fremgår det af lovforslagets bemærkninger (side 8), at der er tale om vilkår, der næppe vil have praktisk betydning på linje med lovgivning og kollektive overenskomster. Som eksempel nævnes en kutymemæssig ekstra fridag. Det fremgår udtrykkeligt af bemærkningerne, at en individuel ansættelsesaftale indgået mellem brugervirksomheden og en direkte ansat ikke er generel.

Det kan overvejes, hvilke vilkår der vil skulle henføres under betegnelsen »andre bindende generelle bestemmelser«. Umiddelbart synes også vilkår som fremgår af eksempelvis en personalehåndbog eller en bonusordning at kunne karakteriseres som sådanne generelle bindende bestemmelser. I givet fald må de generelle bestemmelser nødvendigvis resultere i en ikke uvæsentlig praktisk betydning.

8.4. Jobklausuler efter vikardirektivet

Som det fremgår under punkt 6.3 kan et vikarbureau i medfør af jobklausuloven indgå en jobklausul med en brugervirksomhed, som hindrer eller begrænser vikarens mulighed for at opnå ansættelse i brugervirksomheden, hvis vikarbureauet samtidig indgår en oplysningsklausul med vikaren.

Denne mulighed udelukkes af direktivet (art. 6, stk. 2), hvorefter »klausuler, der forbyder eller reelt forhindrer, at der efter en udsendelses ophør indgås en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold mellem brugervirksomheden og den vikariansatte, er ugyldige eller kan erklæres ugyldige«. Jobklausuloven er således i dens nuværende udformning i strid med direktivet.

Fremfor en præcisering af jobklausuloven, er direktivets forbud mod jobklausuler gentaget i lovforslagets § 4. Om end der efter jobklausuloven isoleret set fortsat består en adgang til at indgå en jobklausul med brugervirksomheden mod kompensation af vikaren, må denne mulighed være udelukket efter lovforslaget. Efter direktivet sondres der således ikke mellem jobklausuler, hvorefter vikaren kompenseres, og klausuler hvor dette ikke er tilfældet.

Dog anerkendes efter direktivet (art. 6, stk. 2, 2. afsnit) »ordninger, i henhold til hvilke vikarbureauer modtager en rimelig betaling for tjenester, som er ydet brugervirksomheder i forbindelse med udsendelse, ansættelse og uddannelse af vikariansatte«. Undtagelsesbestemmelsen og dens bagvedliggende hensyn stemmer umiddelbart overens med indholdet af den nuværende bestemmelse i jobklausulovens § 2, stk. 2.

Det er herefter kun muligt for et vikarbureau at indgå jobklausuler inden for rammerne af undtagelsesbestemmelsen i jobklausulovens § 2, stk. 2, hvilket næppe kan føre til etableringen af et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand.

9. Afsluttende bemærkninger

Når vikarloven er trådt i kraft, vil vikarens status efter funktionærloven – som vikarkonstellationen var forelagt Højesteret i U1997.1495H – formentlig være den samme til trods for de forpligtelser, som vikarloven må tænkes at medføre. Den kommende vikarlov synes således ikke at ændre forudsætningerne for vikarkonstellationen i en sådan grad, at dette resulterer i etableringen af et tjenesteforhold, om end afgrænsningen af de vilkår i funktionærloven, der skal tillægges afsmittende virkning ikke er nærmere afgrænsede. Det er dog givet, at vikarens funktionærstatus beror på en vurdering af samtlige vikarens afsmittende vilkår og arbejdsforholdet i øvrigt.

Lovforslaget indebærer – som det er tilfældet med vikardirektivet – ensidigt pligter for vikarbureauet og brugervirksomheden. Vikarens ret til løn under sygdom er et eksempel herpå, men således at det kan overvejes, hvor langt denne lønforpligtelse rækker. Det er muligt, at der ved vikarens sygdom kan udledes en pligt for vikarbureauet til at betale løn under sygdom indtil det tidspunkt, hvor vikaren kunne være opsagt, hvis vikaren havde været ansat direkte af (bruger)virksomheden til udførelse af samme arbejdsopgave. Dette synes at have støtte i direktivtekstens ordlyd og formålsbetragtninger, men således at det i sidste instans vil være op til EU-Domstolen at træffe afgørelse herom.

Om end der måtte bestå en sådan lønforpligtelse i tilfælde af sygdom, kan det dog næppe føre til etableringen af et tjenesteforhold i funktionærlovens forstand, idet vikaren fortsat ville være frit stillet i forhold til vikarbureauet og brugervirksomheden.

Hvad der til tider synes klart afgrænset ud fra en teoretisk betragtning fremstår ofte anderledes broget ved udmonteringen i praksis. Hvor udgangspunktet er en forudsætning om, at en vikar ikke skal være omfattet af funkti-

onærloven, vil vikarbureauernes udmøntning af de afsmittende vilkår efter funktionærloven om muligt kunne blive et eksempel herpå.

Er hensigten derfor at opretholde den retstilstand, som blev fastslået ved U 1997.1495 H og dermed den fleksibilitet, som er karakteristisk for vikarkonstellationen, kunne det overvejes, at der med den kommende vikarlov samtidig burde indføres en afgrænsning i funktionærloven, der gør

op med spørgsmålet om den vikarbureauansatte vikars funktionærstatus efter funktionærloven. Dette kunne eventuelt ske med udgangspunkt i vikarkonstellationen, som denne forelå i dens rene form i 1997, således at vikaren alene tillægges de rettigheder efter funktionærloven, som måtte blive en konsekvens af direktivets ligebehandlingsprincip og ikke funktionærlovens øvrige bestemmelser.